

*Aldo Andrea Cassi*

IL PROCEDIMENTO ANALOGICO NEI GIURISTI  
MEDIEVALI E IL PARADIGMA FILOSOFICO AGOSTINIANO.  
QUALCHE BREVE NOTA PER UNA IPOTESI

*THE ANALOGICAL PROCEDURE IN MEDIEVAL JURISTS AND  
THE AUGUSTINIAN PHILOSOPHICAL PARADIGM.  
SEVERAL BRIEF NOTES FOR A HYPOTHESIS*

Abstract

Il contributo intende mettere in primo piano il ruolo svolto dall'analogia nel *modus operandi*, oltre che nel *modus arguendi*, dei giuristi medievali. Se ne propone inoltre una lettura "a più livelli" nell'ottica de *Il paradigma filosofico agostiniano* (Parodi 2006).

*This essay means to put the spotlight on the role that analogy played in medieval jurists' modus operandi and modus arguendi, suggesting a multi-level reading of it as well, from the point of view of Il paradigma filosofico agostiniano (Parodi 2006).*

Keywords

*Argumentum a simili; Argumentum a contrario; Similitudo; Modus arguendi*



I giuristi medievali lavoravano con l'analogia, o meglio *nell'* analogia, come i loro coetanei medici con/in mezzo ai batteri: come i secondi, senza sapere della loro esistenza, senza quindi darvi un nome, ne erano circondati, immersi, così i giuristi, senza saperlo, ne erano *aliquo modo* avvolti, pur non conoscendone ancora il *nomen juris*.

Se infatti per analogia intendiamo il procedimento argomentativo volto a disciplinare il caso non regolato dalla norma con una norma desunta dal caso simile, quel procedimento argomentativo i giuristi medievali lo conoscevano bene, ma senza la sua denominazione, che conosceranno invece i giuristi moderni (il catalogo dei loro *nomen iuris* è in realtà assai fitto<sup>1</sup>).

I Glossatori, quelli che davvero possiamo definire come i veri inventori della moderna (e contemporanea) *scienza giuridica*<sup>2</sup>, non parlavano nelle aule universitarie<sup>3</sup> e non scrivevano nelle loro glosse

<sup>1</sup> Cfr. E. Alvarez Cora, *El concepto de la analogía en la doctrina jurídica moderna*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 48 (2019), pp. 157-182. Per il periodo precedente, che qui ci interroga, la *esigenza d'una ricerca storica*, evidenziata a suo tempo da N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938 (p. 7, sottolineatura aggiunta) resta sostanzialmente attuale; l'Autore traccia una panoramica diacronica ma senza preoccuparsi di condurla entro i parametri della storiografia giuridica (che del resto non è mestiere per i filosofi del diritto, soprattutto se di indirizzo analitico): *una differenza qualitativa tra gli antichi e i moderni non c'è ... è una differenza storica, non essenziale*: inevitabilmente la svalutazione dello statuto epistemologico della storia rispetto all'approccio logico-analitico ipoteca la sinopsi ivi proposta. Preziosa la prospettiva offerta da A. Errera, *Tra analogia legis e analogia iuris. Bologna contro Orléans*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, II, Monduzzi, Roma 2007, pp. 139-189.

<sup>2</sup> In questa sede, senza fare torto ai non pochi maestri della storiografia giuridica che hanno messo a disposizione degli studiosi e dei lettori colti efficaci sintesi della storia giuridica, in virtù della forte suggestione esercitata dal titolo in consonanza con il *thema* qui evocato del diritto medievale, ci si limita a rinviare al saggio, risalente ma tuttora di grande fascino oltre che di intatto spessore scientifico, di F. Calasso, *Medioevo del Diritto*, Giuffrè, Milano 1954.

<sup>3</sup> L'Università, come è noto, nacque in Italia con lo studio del diritto grazie alla straordinaria scintilla ineriana di un insegnamento che stimola allo studio e di uno studio che si fa *motu proprio* insegnamento: il sinolo di ricerca e didattica (*studendo docere*) come cuore dell'Università. Il giurista Odofredo (1200-1265), commentando *Digesto* I, I, 6, ci lascia questa testimonianza (con una efficacia che

di *analogia*, ma soprattutto di *argumentum a simili*, *argumentum a contrario*, oltre a numerose altre locuzioni, la cui asistematicità sarà loro rimproverata dai giuristi di età moderna, sarcasticamente stigmatizzata nell'ambito della celebre polemica umanistica, che vedeva il colto, erudito e *filologicamente corretto mos gallicus* contrapposto al *mos italicus* di quei giuristi i quali deturpavano il nitore dei testi classici con le loro glosse e commenti, e per di più digiuni di greco, paragonabili a oche o cani di fronte all'eleganze dei *cigni* Paolo e Ulpiano<sup>4</sup>.

Tuttavia, non si può condurre una vera e propria crociata contro questi primi *iurisprudentes*, perché il loro intento non era quello di descrivere e sezionare per categorie un *systema iuris* (non ve ne era del resto la possibilità epistemologica<sup>5</sup>) bensì quello di *inventare*

nessuna *slide* da "Open day per le matricole" potrà mai eguagliare): ... *dominus Irnerius, dum doceret in artibus ... coepit per se studere in libris nostris, et studendo coepit docere in legibus*. Cfr. Odofredus, *Lectura super Digesto veteri*, a Dig. 1.1.6, *de iustitia et iure*, l. *Ius civile*, nr. 1, ed. Lugduni 1550 = Bologna 1967, f. 7r. Sulla figura (non troppo a torto) mitizzata di Irnerio cfr. E. Spagnesi, *Wernerius Bononiensis iudex. La figura storica d'Irnerio*, Olschki, Firenze 1970; G. Pace Gravina, "Garnerius Theutonicus", *nuove fonti su Irnerio e i "quattro dottori"*, in "Rivista Italiana di Diritto Comune" (RIDC) 2 (1991); G. Mazzanti, *Irnerio: contributo a una biografia*, in "RIDC" 11 (2000), pp. 117-183. Una buona sintesi sulla scuola dei glossatori è offerta in A. Errera, *Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti tra evoluzione e innovazione*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, Monduzzi, Bologna 1999 pp. 33-106. Si veda infine il raffinato saggio di A. Padovani, *L'insegnamento del diritto a Bologna nell'età di Dante*, il Mulino, Bologna 2021.

<sup>4</sup> Per avere un'idea del tasso polemico della diatriba, si ricordi che l'epistola del 1433 nella quale Lorenzo Valla paragonava appunto Accursio e Baldo a oche, contrapponendo loro i 'cigni classici', lo costrinse ad una precipitosa fuga dall'Università di Pavia (cfr. *Epistola contra Bartolum* in Laurentii Valle, *Epistole*, ed. a cura di O. Besomi, M. Regoliosi, Patavii, Antenoreis 1984). Dal canto suo, Rabelais, che era giurista di formazione, scriveva sprezzantemente dei 'mostri sacri' del *mos italicus* (il sarcasmo colpiva sia i Glossatori che i Commentatori: Accursio, Bartolo, Baldo) come di *vieux mastins, qui jamais n'entendirent la moindre loy des Pandectes* (*Pantagruel*, ed. J. Boulenger, Paris 1955, II, 10, p. 216).

<sup>5</sup> Quando Irnerio e i suoi allievi inaugurarono la scienza giuridica con il loro *studendo docere*, la traduzione delle opere di Aristotele (*Analitici* e *Topici*) che

(cioè *invenire*) un *ordo iuris*. Nel senso che i Glossatori furono i grandi protagonisti di una straordinaria operazione intellettuale condotta nel solco di quella che fu *la* operazione intellettuale dell'alto medioevo ad opera dei Padri della Chiesa. Costoro setacciarono l'intero Testo Sacro (*codice* della cultura occidentale e non solo<sup>6</sup>) nell'immane sforzo di sciogliere le contraddizioni, le quali necessariamente dovevano essere tali solo in apparenza perché Dio, e quindi la sua Parola, non poteva contraddirsi.

Ebbene, quel medesimo atteggiamento mentale (che definirei di portata antropologica) i Glossatori lo ebbero in rapporto ad un altro *testo sacro*, percepito come tale fino al punto di considerarlo di origine divina: il *Corpus Iuris Civilis*<sup>7</sup>.

andranno sotto il nome di *Logica Nova* era ancora *in fieri* e la onnivora sistematizzazione tomista era *in mente Dei*. La c.d *Logica Vetus*, invece, circolava già soprattutto tramite la traduzione che Boezio approntò con il *De interpretatione* e che Irnerio, da bravo *magister* delle arti liberali (*dum doceret in artibus*), non ignorava. Va comunque precisato che quest'ultima per lo più esponeva la logica aristotelica commentata dai neoplatonici con particolare riguardo alla corrispondenza tra parole e realtà (teoria della referenza), mentre lo sviluppo del procedimento sillogistico e di quello analogico si fonda eminentemente sui *Topici*. Per questa successiva fase cfr. U. Eco, *L'Aristotele latino*, in "Doctor Virtualis" 3 (2004), pp. 9-26; cfr. anche Id., *L'analogia entis*, in *ivi*, pp. 99-109. Sotto un profilo eminentemente giuridico il riferimento è tuttora a G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main 1971. Insiste sul *fondamentale sovvertimento epistemologico* conseguente la *riscoperta e assimilazione degli Analitici* secondi *aristotelici* anche nel campo giuridico A. Errera, *Tra analogia legis e analogia iuris ... cit.*, p. 182 (vedi anche p. 187; p. 189). Per il concetto pandettistico (dunque improntato su una matrice romanistica riconfigurata dalla scienza moderna) cfr. l'ormai classico saggio di P. Cappellini, *Systema iuris. Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle pandette*, Giuffrè, Milano 1984.

<sup>6</sup> La celebre espressione, inaugurata probabilmente con *Il grande codice* del canadese Northrop Frye, ha conosciuto, fin dalla sua pubblicazione nel 1982, grande fortuna ed è tutt'ora *de plano* ripresa dai protagonisti del *dibattito pubblico in argomento* (G. Ravasi, M. Cacciari *et alii*).

<sup>7</sup> Nelle sue norme *spiritum Sanctum locutum fuisse credendum est*, come scriveva ancora nel XIV secolo il celebre giurista Alberico da Rosate (di cui cfr. il *Dictionarium Iuris tam civilis quam canonici*, ed. Venetiis 1573: la voce *arguitur* costituisce un'interessante *trattatello de modis arguendi*). L'idea della natura *supe-*

Esso ben può considerarsi il grande *codice* del Diritto, ma non nell'accezione tecnica di raccolta e/o di fonte di legge<sup>8</sup>, bensì in quella culturale, nel senso di matrice, o chiave di lettura del mondo, in tal guisa configurato ad opera dei giuristi medievali.

In quanto tale, agli occhi dei Glossatori le miriadi di contraddizioni in esso presenti dovevano necessariamente essere apparenti; esse andavano sciolte e risolte (la *solutio* del caso giuridico) mediante la loro attività interpretativa<sup>9</sup>.

Sarà quest'ultima a configurare quell'*ordo iuris* che costituirà l'*imago mundi*, la realtà *sub specie iuris*.

Il *Corpus Iuris Civilis* non è tanto un insieme di *regulae* bensì di *rationes* da ricavare (ben più tardi si dirà *astrarre*) con gli strumenti esegetici della *interpretatio* (*in primis* la *distinctio*) e ri-applicare al caso non disciplinato, per addivenire infine alla *solutio*.

L'*ordo iuris* si configura quindi come *ratio scripta*<sup>10</sup> (e in ultima analisi scritta, si badi, nelle/dalle glosse) e, coerentemente, in questo itinerario interpretativo il procedimento analogico *a similibus ad similia*<sup>11</sup> ebbe un ruolo centrale in virtù del principio *ubi est eadem ratio ibi idem ius*.

*riore* del *Corpus Iuris Civilis*, che i Glossatori consideravano, secondo l'espressione coniata nel XVIII secolo dal Muratori, *caduto dal cielo*, era ben radicata ancora in pieno XVI secolo, se l'umanista Budè ancora vi ironizzava: *leges non ab homine scriptas ac conceptas, sed de coelo delapsas esse credunt* (Budaeus, *Adnotationes in Pandectas*, Dig. 1.1.1, Venetiis 1534, fol. 11v.).

<sup>8</sup> Una efficace messa a fuoco (delle implicazioni) della terminologia codicistica è nelle pagine di P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 4 sgg.

<sup>9</sup> Sulla *interpretatio* dei *iurisprudentes* medievali si vedano in particolare, in due diverse e complementari prospettive E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto comune classico*, voll. 1-2, Giuffrè, Milano 1962-1964 e M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Giuffrè, Milano 1969.

<sup>10</sup> Cfr. A. Guzmàn, *Ratio scripta*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1981, pp. 50 sgg.

<sup>11</sup> Su cui cfr. G. J. Postema, *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*, in Douglas E. Edin (a cura di) *Common Law Theory*, Cambridge University

Con la successiva scuola giuridica di Orléans, che oltre all'osmosi culturale con il prestigioso convento domenicano – dove si disputavano *quaestiones* legali<sup>12</sup> – poteva cominciare ad assorbire la riscoperta della *Logica nova* aristotelica, si ebbe un ulteriore tornante: accanto alle *oppositiones* dei *contraria*, da cui scaturiva la *solutio* del caso singolo, si affermava il ricorso alla *coniunctio rationum*: dal coordinamento di fattispecie simili, dalla *ratio* che ne scaturiva, venivano configurati nuovi istituti giuridici e nuove soluzioni ai casi concreti della vita economico-giuridica<sup>13</sup>.

In questi termini i Glossatori non parlano, non scrivono di *analogia*, ma ci ragionano: la loro *forma mentis*, l'*argumentum juris* implicava una dinamica ermeneutica *analogica* ulteriore e diversa da quella *esplicita* di tecnica logica. La *analogia* (nelle estrinsecazioni che si sono evocate) come loro strumento tecnico di esegesi testuale, è più *tomista* che *agostiniana*<sup>14</sup> in forza della matrice aristotelica riprodotta e amplificata dall'esegesi scolastica<sup>15</sup>. È significativo sotto questo profilo che una glossa inerente il rapporto tra identità e *similitudo* richiami Aristotele (*Cum dicat Aristoteles: nihil est idem*

Press, Cambridge 2009, pp. 102-132.

<sup>12</sup> Celebre quella tenuta da Jacques de Revigny se il giudice possa decidere in base alle proprie conoscenze dei fatti o debba attenersi alle allegazioni: cfr. D. Maffei, *Il giudice testimone e una 'quaestio' di J. de Revigny*, in Id., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, [Biblioteca eruditorum, 1], Goldbach 1995, pp. 54-76.

<sup>13</sup> E ciò perfino nel campo del diritto feudale, ovviamente non conosciuto dal diritto romano, a riprova della valenza *inventiva* della *scientia iuris* medievale rispetto al diritto romano; cfr. ad es. la *repetitio* del Revigny a Dig. 1.3.32 *de quibus* (in L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Revigny*, Brill, Leiden 1984, pp. 476 ss.) per l'individuazione sia nel feudatario sia nell'enfiteuta del dominio utile come soluzione di un caso di incremento di un fondo dato in enfiteusi.

<sup>14</sup> Cfr. il paragrafo "*Il mondo sia un libro per te*". *Lettura del libro e lettura del mondo*, in M.T. Fumagalli Beonio Brocchieri, M. Parodi, *Storia della filosofia medievale*, Roma-Bari, Laterza 2005, pp. 39 ss.

<sup>15</sup> Sulle *tracce di logica aristotelica* nel ragionamento interpretativo dei giuristi medievali cfr. anche U. Petronio, *I giuristi e la cultura generale*, in *Storia e scienze del diritto*, a cura di L. Moscati, Jovene, Napoli 2020, pp. 65-72.

*cui id ipsum simile est*<sup>16</sup>) e venga ripresa successivamente dai grandi *iusprudentes* per affrontare la questione del rapporto tra il fatto *sub iudice* e la *solutio*<sup>17</sup>.

Ma se assumiamo come ipotesi metodologica la sussistenza di quel *paradigma filosofico agostiniano* originalmente proposto dalla storiografia medievalistica<sup>18</sup>, possiamo fondatamente ritenere che anche nel campo del diritto, come *su ogni livello dell'esperienza umana sussista questo passaggio essenziale ... connesso in modo analogico a quanto accade sugli altri livelli*<sup>19</sup>.

E allora si comprende come la strumentazione logica del giurista medievale<sup>20</sup> sia tutta finalizzata a ricavare le relazioni *sub specie iuris* tra diversi livelli di conoscenza.

Il giurista medievale (segnatamente il Glossatore e poi il Commentatore) si sforza di individuare la *regula iuris* (relazione tra un caso concreto della vita e un caso astratto previsto dalla norma) là dove essa sembra non esserci (lacuna), ma egli *sa* che c'è in forza della tetragona fede di un *Corpus iuris* autosufficiente, a sua volta *imago mundi* di un *ordo naturalis* perfetto, *perfectum*, completo, e in realtà non c'è (è nel suo il mestiere la *fictio iuris*); ebbene quel giurista non è forse alla ricerca della *individuazione di un medio che connette e dà il senso della somiglianza delle relazioni*<sup>21</sup>? Non pone (e al tempo stesso presuppone) *l'idea di un intero le cui parti sono*

<sup>16</sup> Cfr. gl. *dolum esse* in l. *quod Nerva D. depositi vel contra*, D. 16.3.32.

<sup>17</sup> Per es. Odofredo, in *Lectura super Digesto veteri*, in l. *quod Nerva D. depositi vel contra*, D. 16.3.32. (ed. Lugduni 1552, II, p. 81), o ancora Alberico da Rosate, *Dictiorarium iuris tam civilis quam canonici*, ad vocem *simile*.

<sup>18</sup> Cfr. M. Parodi, *Il paradigma filosofico agostiniano*, Lubrina, Bergamo 2006.

<sup>19</sup> Ivi, p. 69.

<sup>20</sup> Sulla quale il riferimento è a P. Feltrin, M. Rossini, *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Lubrina, Bergamo 1992. Si veda inoltre A. Padovani, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bononia University Press, Bologna 2006.

<sup>21</sup> Ivi, p. 73.

*in un certo rapporto reciproco tale da rendere il tutto finalizzato al bene*<sup>22</sup>?

In questo *paradigma* anche il *medio* del sillogismo giuridico<sup>23</sup>, e *amplius* l'intero procedimento *analogico* (*ante litteram*), richiama la matrice del procedimento ermeneutico del *libro caduto dal cielo*, che in se stesso contiene le relazioni (rapporti giuridici) tra le  *cose* (fatti) a diversi livelli (*rationes legis*) che il giurista conosce con gli strumenti del suo sapere; procedimento che in ultima istanza intende comprendere come *la legge del mondo, la regola che ne tiene insieme le parti, da cui si originano i legami che connettono i suoi vari aspetti e i suoi vari livelli, si rivela essere la stessa analogia*<sup>24</sup>.

Spingendoci oltre in questa ipotesi, possiamo intuire forse il passaggio dell'analogia *da strumento di conoscenza a struttura*<sup>25</sup>.

L'idea (o ideologia) di un *ordo iuris* come *imago mundi* in se stessa *perfecta*, cioè completa, priva di lacune, è il presupposto logico (e ideologico) del procedimento *analogico* (nei termini qui ipotizzati) attuato dai giuristi medievali; da quell'idea scaturisce una struttura, che a sua volta è matrice del procedimento *analogico* stesso.

La *analogia* dei giuristi medievali come declinazione del *paradigma filosofico agostiniano*<sup>26</sup>?

Se ne sono qui offerte alcune varianti.

<sup>22</sup> A. Salvestrini, *Bellezza e retorica. Un percorso tematico in Nicola di Autrecourt*, Mimesis, Milano-Udine 2021, p. 193. Sui profili giuridici nell'opera del filosofo parigino cfr. Ead., *Diritto e retorica in Nicola di Autrecourt*, in "Historia et Ius" 14 (2018), paper 24.

<sup>23</sup> Sulla tecnica del sillogismo nel ragionamento giuridico medievale cfr. A. Errera, *Il concetto di scientia iuris ... cit.*, pp. 51-58.

<sup>24</sup> M. Parodi, *Il paradigma filosofico ... cit.*, p. 73. Cfr. pure Id., *La città di Dio e la storia. Escatologia e metafora in Agostino*, in "Filosofia e teologia" 32/3 (2018), pp. 528 ss.

<sup>25</sup> Id., *Il paradigma filosofico ... cit.* pp. 73 ss.

<sup>26</sup> Sulla "tenuta" del *paradigma filosofico agostiniano* anche *sub specie iuris* mi permetterei di segnalare *La Giustizia in S. Agostino. Itinerari agostiniani del quartus fluvius dell'Eden*, Franco Angeli, Milano 2013, *passim*.